

à la procréation dans un établissement situé en Espagne, a présenté une demande d'autorisation d'exportation de ces gamètes. Or, il résulte des dispositions de l'article L. 2141-11-1 du Code de la santé publique, qui visent à faire obstacle à tout contournement des dispositions de l'article L. 2141-2 précité, que les gamètes déposés en France ne peuvent faire l'objet d'une exportation, s'ils sont destinés à être utilisés, à l'étranger, à des fins qui sont prohibées sur le territoire national. En application de ces dispositions, l'Agence de la biomédecine a rejeté cette demande au motif que l'homme du couple ne pouvait être regardé comme étant encore en âge de procréer au sens de l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique.

Le Conseil d'État a été saisi d'un pourvoi en cassation dirigé contre l'arrêt du 5 mars 2018 par lequel la cour administrative d'appel de Versailles a annulé le jugement du tribunal administratif de Montreuil annulant cette décision et a rejeté la demande d'annulation pour excès de pouvoir du refus de l'Agence de la biomédecine.

La décision du 17 avril 2019 procède en deux temps. Dans un premier temps, elle consacre le cadre juridique dans lequel l'Agence de la biomédecine doit examiner, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, le respect de la condition relative à l'âge de procréer de l'homme du couple demandeur. À ce stade, elle censure l'erreur de droit commise par la cour administrative d'appel dans l'application de ce cadre juridique et annule l'arrêt frappé de pourvoi. Régplant l'affaire au fond, dans un second temps, elle infirme, au terme d'un contrôle *in concreto*, la solution retenue par le tribunal administratif et rejette la demande d'annulation présentée par le couple requérant.

I. LE CADRE JURIDIQUE

L'article L. 2141-2 du Code de la santé publique prévoit, au nombre des conditions légales auxquelles est subordonné le recours à une assistance médicale à la procréation le fait que « l'homme et la femme formant le couple » soient « en âge de procréer ».

Si la loi pose, ce faisant, une condition qui peut, s'agissant des femmes, être regardée comme l'ombre portée de la nature humaine, il en va autrement s'agissant des hommes pour lesquels il n'existe aucune corrélation mécanique entre le vieillissement et l'arrêt du fonctionnement gonadique.

Il est apparu nécessaire, pour que le juge puisse conférer son exacte portée à la condition d'âge opposable aux hommes, de se référer aux travaux préparatoires de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal dont sont issues les dispositions applicables au litige. Le Conseil d'État en a tiré les deux enseignements suivants.

D'une part, l'analyse des travaux parlementaires a permis d'identifier précisément les motifs d'intérêt général qui ont guidé le législateur pour fixer la condition d'être « en âge de procréer ». S'agissant de l'homme du couple, la décision commentée recense trois séries de considérations

« tenant à l'intérêt de l'enfant, à l'efficacité des techniques mises en œuvre et aux limites dans lesquelles la solidarité nationale doit prendre en charge le traitement médical de l'infertilité ». L'exégèse de l'intention du législateur à laquelle se livre le Conseil d'État le conduit ainsi à identifier trois justifications de nature différente. La première repose sur l'intérêt de l'enfant. En relevant que le législateur avait rangé, sous le timbre de l'intérêt général, des « considérations tenant à l'intérêt de l'enfant », la décision commentée ne se prononce en rien sur la question délicate et, à ce jour, non tranchée par la jurisprudence administrative, de l'invocabilité, sur le fondement de la convention de New York du 26 janvier 1990, de l'intérêt supérieur de l'enfant à naître. Elle prend acte de la place légitimement occupée par une telle préoccupation dans la détermination des équilibres qu'il incombe à la loi de ménager entre l'exercice des droits individuels et le respect de l'intérêt général. La deuxième justification qui renvoie à « l'efficacité des techniques mises en œuvre » est intrinsèque à la procédure d'assistance médicale à la procréation. La troisième est en revanche de nature extrinsèque : elle repose sur le choix qu'il appartient au seul législateur d'effectuer s'agissant de la définition du champ des hypothèses d'infertilité qui doivent être prises en charge par la solidarité nationale.

D'autre part, les travaux préparatoires de la loi ont conduit le Conseil d'État à pouvoir affirmer qu'« en ce qui concerne l'homme du couple, la condition relative à l'âge de procréer, (...) revêt, pour le législateur, une dimension à la fois biologique et sociale ». La décision du 17 avril 2019 livre ensuite un mode d'emploi pour l'application de cette condition par l'Agence de la biomédecine, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir. Elle explicite la marche à suivre pour déterminer l'âge de procréer d'un homme, au sens et pour l'application de l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique : « il y a lieu de se fonder, s'agissant de sa dimension strictement biologique, sur l'âge de l'intéressé à la date du recueil des gamètes et, s'agissant de sa dimension sociale, sur l'âge de celui-ci à la date du projet d'assistance médicale à la procréation ». Le contrôle de l'âge du demandeur conduit donc à une double vérification qui correspond aux deux dimensions que cette condition revêt : biologiquement, il s'agit, en quelque sorte, de l'âge des gamètes, apprécié à la date de leur recueil ; socialement, de l'âge du futur père. Ce mode d'emploi, défini à propos d'un refus d'autorisation d'exporter, vaudra également pour les équipes saisies d'une demande d'assistance médicale à la procréation.

Au regard de la grille de contrôle ainsi dégagée, le Conseil d'État a été amené, sans avoir à se prononcer sur les autres moyens du pourvoi en cassation, à censurer l'erreur de raisonnement commise par les juges du fond : en se fondant, pour apprécier, du point de vue biologique, la limite d'âge de procréer, sur l'âge auquel le requérant a sollicité l'autorisation de transfert de ses gamètes et non sur celui qu'il avait à la date à laquelle il a été procédé à leur recueil, la cour administrative d'appel a en effet entaché son arrêt d'erreur de droit.

II. LE RÈGLEMENT DE L'AFFAIRE AU FOND À LA FAVEUR D'UN CONTRÔLE *IN CONCRETO*

L'affaire se trouvant en état d'être jugée, le Conseil d'État a décidé, compte tenu de l'importance des enjeux, de régler l'affaire au fond après cassation. Il s'est ainsi retrouvé juge d'appel du jugement de première instance qui avait annulé le refus opposé au couple requérant. Pour ce faire, il a exercé un contrôle concret de la légalité de la décision attaquée.

Un tel contrôle supposait tout d'abord de prendre position sur la fixation, par l'Agence de biomédecine, à 59 ans révolus, en principe, l'âge de procréer au sens et pour l'application de l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique. La réfutation d'un tel « âge standard » que le législateur avait pris le soin « de ne pas inscrire dans le marbre des textes », pour reprendre l'heureuse formule d'Aurélien Bretonneau dans ses conclusions conformes, constituait en effet le fondement du jugement d'annulation contesté en appel par l'Agence de biomédecine.

Le Conseil d'État a infirmé cette solution en se fondant sur l'ensemble des pièces du dossier, fort documenté, et, en particulier, sur l'avis rendu, le 8 juin 2017, par le conseil d'orientation de l'Agence de la biomédecine, lui-même fondé sur plusieurs études médicales, avis et recommandations formulés par des acteurs du secteur de l'assistance médicale à la procréation. Pour ce faire, la décision rapportée commence par relever « qu'il existe une corrélation entre l'âge du donneur lors du prélèvement du gamète et le niveau des risques de développement embryonnaire, ainsi que des risques sur la grossesse et la santé du futur enfant ». Elle ajoute « qu'il apparaît ainsi que le taux d'anomalies à la naissance et le risque de maladies génétiques augmentent avec l'âge du père ». Elle en déduit que, « dans ces conditions », la fixation, s'agissant d'un homme, à 59 ans révolus de l'âge maximal pour procréer, par la voie d'une assistance médicale, est légale.

Il faut souligner qu'alors même qu'il a dû s'aventurer dans un domaine technique éloigné de ses champs de compétences habituels, le Conseil d'État a choisi d'exercer un contrôle entier sur ce point, ainsi que le marque la rédaction retenue (« l'Agence de la biomédecine a pu légalement fixer »). Deux séries d'éléments, de nature différente, ont conduit à cette solution. La première tient à l'existence, sur ce point, « d'[un] large consensus (...) dans la communauté scientifique et médicale ». La seconde tient à ce que l'âge de 59 ans révolus constitue seulement un seuil à compter duquel, « en principe », la condition relative à l'âge de procréer n'est plus remplie. Ainsi que l'explique Aurélien Bretonneau, en ce qui concerne la dimension biologique de la limite d'âge, il s'agit de « raisonner par référence à une borne indicative en-deçà de laquelle il n'y a pas de raison, sans préjudice de la question de l'âge social du couple au moment du projet parental, d'empêcher pour des raisons sanitaires le projet de procréation et au-delà de laquelle il faut des circonstances particulières pour que ce projet soit autorisé ». Dans ce dernier cas, tout est appréciation d'espèce : avant d'opposer au demandeur le non-respect de la condition d'âge, l'autorité compétente doit apprécier, sous le contrôle du juge, s'il existe ou non des circonstances particulières de nature à autoriser le recours à une assistance médicale à la

procréation ou, comme au cas d'espèce, l'exportation des gamètes à pareilles fins. Dans la présente affaire, comme dans celle ayant donné lieu à l'autre décision du 17 avril 2019, l'Agence de biomédecine avait procédé à l'examen concret de la situation des couples demandeurs et avait estimé qu'aucune circonstance particulière ne justifiait de déroger à la limite d'âge théorique.

C'est précisément à un tel contrôle *in concreto* que se livre ensuite le Conseil d'État pour aboutir à une infirmation de la solution retenue en première instance : « dès lors qu'il est constant que M. C. était âgé de 61 et 63 ans à la date des prélèvements de ses gamètes, et en l'absence de circonstances particulières, l'Agence de la biomédecine est fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Montreuil a annulé sa décision du 24 juin 2016 au motif que M. C. ne pouvait pas être regardé comme n'étant plus en âge de procréer au sens de l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique ». La solution retenue dans la seconde affaire jugée le même jour (CE, 17 avr. 2019, n° 420469, préc.) est identique, le requérant se trouvant âgé de 67 ans à la date du prélèvement de ses gamètes et ne rapportant l'existence d'aucune circonstance particulière.

Il est à noter que, pour la résolution de ces deux litiges, le Conseil d'État n'a été amené à manier que la condition tenant à l'« âge biologique » de l'homme du couple demandeur, l'Agence de biomédecine n'ayant pas fondé les refus attaqués sur la dimension sociale de la condition relative à l'« âge de procréer ».

Pour en revenir à la décision commentée, le Conseil d'État, saisi de l'ensemble du litige par l'effet dévolutif de l'appel, n'a donc été conduit à examiner les moyens tirés de la violation de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales qu'en ce qui concerne l'application de la condition de limite d'âge appréhendée dans sa dimension biologique.

Il était en effet soutenu que le refus attaqué méconnaissait l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. En écartant au fond ce moyen, la décision du 17 avril 2019 en admet l'opérance, s'inscrivant ce faisant dans la droite lignée de la décision du 31 mai 2016 précitée. Pas davantage que cette dernière, qui avait pourtant constaté une violation de l'article 8, la décision commentée ne précise pas quel élément de la vie privée et familiale se trouve ici mis en cause. On peut raisonnablement penser que le Conseil d'État a fait sienne la jurisprudence de la Cour européenne qui considère, depuis l'arrêt *Pretty c/ Royaume-Uni* du 29 avril 2002, que l'autonomie personnelle constitue un principe sous-tendant une interprétation extensive de l'article 8.

Le paragraphe 13 de la décision rapportée conclut à une absence d'ingérence excessive dans l'exercice du droit du requérant au respect de sa vie privée et familiale protégée par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Pour exercer le contrôle concret de la mise en œuvre de l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique qui a abouti à ce constat d'absence de violation, le Conseil d'État a effectué l'habituelle balance entre, d'une part, les finalités d'intérêt général poursuivies et, d'autre part, l'intensité de l'atteinte portée au droit conventionnellement

protégé. Pour ce faire, la décision rappelle que « la limite d'âge fixée en principe à 59 ans » a été retenue « sur la base du large consensus existant dans la communauté scientifique et médicale, eu égard aux risques (...) d'anomalies à la naissance et de maladies génétiques ». Intervient ensuite la démarche casuistique, familière à la Cour européenne des droits de l'Homme, qui conduit à prendre en compte, d'une part, « l'âge [de l'intéressé] au moment du prélèvement de ses gamètes » par rapport à la limite d'âge standard, et, d'autre part, « l'absence de circonstances particulières propres au cas d'espèce ». Dans l'autre affaire, le mode de contrôle et la conclusion à laquelle il aboutit sont les mêmes. Ainsi que le relèvent les conclusions, « aucun des deux couples n'a fait valoir la moindre circonstance personnalisée de nature à justifier que l'Agence de la biomédecine leur accorde l'autorisation sollicitée alors même que les gamètes avaient été [prélevés] à un âge largement supérieur à celui au-delà duquel la littérature scientifique estime dans sa majorité qu'il existe structurellement des risques que le législateur a entendu éviter. On n'est, en particulier, absolument pas dans une configuration comparable à celle de [la décision du 31 mai 2016] où le couple n'avait pas vocation à être

saisi par le dispositif anti-contournement de la législation française, dès lors que la présence des gamètes en France était liée à un épisode contingent et que le projet parental avait vocation naturelle à se dérouler dans le pays d'origine de la mère où il était permis ».

Le moyen tiré de la discrimination dans l'exercice des droits protégés par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales entre des hommes du même âge prohibée par l'article 14 de cette convention qui résulterait de la mise en œuvre, au cas d'espèce, de la condition légale, a également été écarté au motif lapidaire mais incontestable que « ceux-ci sont placés dans une situation différente selon qu'ils procréent naturellement ou ont recours à une assistance médicale à la procréation ». La différence de traitement est indéniable mais, pour citer une dernière fois Aurélie Bretonneau, « il est évident que les hommes fertiles et infertiles se trouvent, au regard d'une législation sur le recours à l'assistance médicale à la procréation, dans une situation différente, car dans le cas d'une assistance médicale à la procréation, c'est le service public hospitalier qui assume une partie de la conception de l'enfant ».

Panorama de jurisprudence de la Cour de cassation 348m5

■ ASSURANCES

Avenant au contrat d'assurance vie modifiant le bénéficiaire

Après avoir énoncé que, selon l'article L. 132-8 du Code des assurances, à défaut d'acceptation par le bénéficiaire, le contractant a le droit de désigner un bénéficiaire ou de substituer un bénéficiaire à un autre, la cour d'appel qui relève que le souscripteur, qui, dans un testament authentique, avait désigné comme bénéficiaires de ses contrats d'assurance sur la vie litigieux son épouse, en qualité d'usufruitière, et ses enfants, en qualité de nues-propriétaires, a ultérieurement manifesté la volonté certaine et non équivoque de modifier par des avenants cette désignation au profit de son épouse et, à défaut, de trois de ses filles, décide exactement que les avenants modificatifs sont valables, dès lors que la modification des bénéficiaires peut intervenir soit par voie d'avenant au contrat, soit en remplissant les formalités édictées par l'article 1690 du Code civil, soit par voie testamentaire, sans qu'il soit nécessaire de respecter un parallélisme des formes entre la voie choisie pour la désignation initiale et celle retenue pour la modification.

Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 2019, n° 18-14640, FS-PBI (rejet pourvoi c/ CA Bordeaux, 20 févr. 2018), M^{me} Batut, prés. – SCP Gouz-Fitoussi, SCP Ghestin, SCP Ricard, Bendel-Vasseur, Ghnassia, av. 352c8

■ BAUX D'HABITATION ET À USAGE MIXTE

Justifier impérativement du préavis réduit à un mois en même temps que le congé

Le locataire souhaitant bénéficier des délais réduits de préavis mentionnés aux 1° à 5° de l'article 15, I de la loi du 6 juillet 1989 précise le motif invoqué et le justifie au moment de l'envoi de la lettre de congé. À défaut, le délai de préavis applicable à ce congé est de trois mois.

Viole ce texte la juridiction de proximité qui, pour condamner un bailleur à payer à sa locataire une somme correspondant au dépôt de garantie qu'elle demandait en sollicitant l'application du délai de garantie abrégé, retient que le préavis réduit à un mois ne semble pas pouvoir être contesté, quand bien même le justificatif fourni a été remis tardivement au bailleur qui a indiqué que, lors de la tentative de conciliation, la locataire lui avait remis une lettre d'une société d'HLM, dans laquelle il était indiqué que l'attribution d'un logement par cet organisme « lui donne droit à un préavis d'un mois », alors que, faute pour le locataire qui souhaite bénéficier d'un délai de préavis réduit de préciser le motif invoqué et d'en justifier au moment de l'envoi de la lettre de congé, le délai de préavis applicable à ce congé est de trois mois.

Cass. 3^e civ., 11 avr. 2019, n° 18-14256, FS-PBI (cassation J. prox. Angers, 7 nov. 2016), M. Chauvin, prés. – SCP Gaschignard, M^e Balat, av. 351k5

■ CONTRAT D'ENTREPRISE

Marché à forfait : travaux supplémentaires nécessaires

Une caisse d'épargne, ayant entrepris de rénover une agence, confie le lot destruction, pour un prix global forfaitaire, à un entrepreneur qui, ayant effectué des travaux de déroctage pour permettre l'abaissement de la dalle et le respect de la réglementation d'accessibilité aux personnes handicapées, l'assigne en paiement des travaux supplémentaires.

Viole l'article 1793 du Code civil la cour d'appel qui, pour accueillir la demande, retient que le devis quantitatif limite les travaux confiés à l'entreprise de démolition à la « démolition du plancher béton sur sous-sol » alors qu'il s'est révélé, après démolition de la dalle en béton, que celle-ci reposait

en réalité sur une assise granitique rocheuse compacte qui a rendu indispensables d'importants travaux de déroctage sur environ la moitié de la surface du plancher bas, alors que, en cas de marché à forfait, les travaux supplémentaires relèvent du forfait s'ils sont nécessaires à la réalisation de l'ouvrage.

Cass. 3^e civ., 18 avr. 2019, n° 18-18801, Caisse d'épargne et de prévoyance Bretagne-Pays de Loire c/ M. X, FS-PBI (cassation CA Rennes, 21 déc. 2017), M. Chauvin, prés. – SCP Foussard et Froger, SCP Le Bret-Desaché, av. 352a5

■ CONTRAT D'ENTREPRISE

Réception tacite d'un ouvrage

En vertu de l'article 1792-6 du Code civil, la prise de possession de l'ouvrage et le paiement des travaux font présumer la volonté non équivoque du maître de l'ouvrage de le recevoir avec ou sans réserves.

Deux époux, se plaignant de dysfonctionnements de l'installation de géothermie qu'ils avaient confiée à une société, l'assignent, ainsi que son assureur, en indemnisation de leurs préjudices.

Viole le texte susvisé la cour d'appel qui, pour rejeter ces demandes, retient qu'une réception tacite peut être retenue si la preuve est rapportée d'une volonté non équivoque du maître de l'ouvrage d'accepter l'ouvrage sans réserves.

Cass. 3^e civ., 18 avr. 2019, n° 18-13734, FS-PBI (cassation CA Limoges, 3 nov. 2017), M. Chauvin, prés. – SCP Nicolaÿ de Lanouvelle et Hannotin, SCP Sevaux et Mathonnet, av. 352a7

■ ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

Responsabilité du dirigeant d'une société d'investissement en liquidation

Une société d'investissement est mise en liquidation judiciaire après avis conforme de la Commission bancaire. Le liquidateur, désigné liquidateur judiciaire par le jugement d'ouverture et liquidateur par la Commission bancaire en application de l'article L. 613-29 du Code monétaire et financier, poursuit le dirigeant, en responsabilité pour insuffisance d'actif et en prononcé d'une mesure d'interdiction de gérer.

L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif n'est pas une opération de liquidation prévue au titre IV du livre VI du Code de commerce que l'article L. 613-29 du Code de monétaire et financier réserve au liquidateur nommé par la Commission bancaire, dont les missions ont été dévolues à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution. Les mesures spécifiques à la liquidation judiciaire d'une entreprise d'investissement soumise au contrôle de cette autorité, prévues aux articles L. 613-24 et suivants du Code monétaire et financier, n'excluent pas que la responsabilité du dirigeant d'une telle entreprise puisse être recherchée sur le fondement de l'article L. 651-2 du Code de commerce. Il en résulte que le liquidateur judiciaire a qualité pour exercer cette action en application de l'article L. 651-3 dudit code.

Justifie légalement sa décision la cour d'appel qui, en relevant qu'à la date de la cessation des paiements la TVA due par la société s'élevait à plus de 455 000 euros et qu'alors, la société n'avait pratiquement aucune trésorerie et les relevés bancaires montraient un solde débiteur constant, de sorte que le dirigeant ne pouvait ignorer la cessation des paiements de la société, qu'il n'a pourtant déclarée que deux ans plus tard, caractérise que ce dernier a omis sciemment de déclarer la cessation des paiements dans le délai légal.

Mais il résulte de l'article L. 653-8 du Code de commerce et de l'article 455 du Code de procédure civile que le tribunal qui prononce une mesure d'interdiction de gérer doit motiver sa décision, tant sur le principe que sur le quantum de la